

## 政教分離違反の審査基準にかんする解釈論的覚え書き

小 林 武

### 目 次

- 一 本稿のテーマ
- 二 従来の論議の概括
- 三 審査基準設定の試み
  - (一) 厳格分離確立のための審査基準論
  - (二) 一般的枠組み
  - (三) 若干の具体的事例についての検討

### 一 本稿のテーマ

(一) 日本国憲法二〇条一項後段および三項が定め、加えて、八九条がその趣旨を財政の面から具体化しているところの政教分離の原則をいかに解釈すべきかは、今日のわが国における憲法訴訟ないし憲法学説上の論議の最も重要な争点の一つであると思われる。

わが国の判例においては、最高裁大法廷が一九七七年の津地鎮祭訴訟上告審判決<sup>(1)</sup>でいわゆる「目的・効果基準」を採用して以降、これが、一九八二年箕面市忠魂碑訴訟第一審大阪地裁判決<sup>(2)</sup>、一九八六年大阪地蔵像訴訟大阪地裁判決<sup>(3)</sup>、一九八七年岩手靖国訴訟盛岡地裁判決<sup>(4)</sup>、一九八七年箕面市忠魂碑・慰霊祭訴訟控訴審大阪高裁判決<sup>(5)</sup>、そして一九八八年の自衛官合祀訴訟上告審最高裁大法廷判決<sup>(6)</sup>などでも採られており、政教分離原則が争われる事案については目的・効果基準によって審理・裁定する手法が定着したかにみえる。しかしながら、右の最高裁津地鎮祭判決による目的・効果基準の扱い方は、この原理を生み出したアメリカ合衆国の判例理論の意図するところから大きく逸脱したものであり、——もとより、ある理論をその母国での用いられ方に拘束されてわが国で用いなければならないいわれはないが、当該理論の母国での理念を正しく理解して用いることは当然に要請されるであらうし、しかも、その上——わが国憲法の政教分離規定に照らして、全くこれにそぐわない形で展開されてもいるのである。

周知のとおり、一九七七年の津地鎮祭訴訟最高裁判決は、政教分離原則は「国家が宗教とのかかわり合いをもつことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらし行為の目的及び効果にかんがみ、そのかわり合いが右の諸条件〔「それぞれ別の国の社会的・文化的諸条件」〕に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものであり、この意義に即して日本国憲法二〇条三項の禁止する宗教的活動とは何かを考えると、それは、「当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいう」ものと解され、この訴訟で争われた神道式地鎮祭については、「一般人の意識に徴すれば、」「その目的は……専ら世俗的なものと認められ、その効果は神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められないのであるから、」それは憲法の禁止する宗教的活動には該らない、と判示したものである。(ハ)「内は引用者による。以下でも同じ。』

これに対して、アメリカの判例理論における目的・効果基準については、(イ)とくに右地鎮祭判決の書かれた一九七七年当時迄は、主に福祉行政と形式主義的な政教分離を避ける必要のある領域とで用いられることが多く、国家のする宗教的行為についての判断基準とはされていないこと、および、(ロ)地鎮祭判決が影響を受けたとみられるレーモン判決(一九七一年)の判例

理論（いわゆる「レーモン・テスト」）では、法律や国家の行為が政教分離原則に反しないかどうかの判断基準として、①法律は世俗的な立法目的を持つものでなければならぬ、②その第一次的もしくは主要な効果が宗教を助長または抑圧するものであってはならない、③それは宗教との過度のかかわり合いを促進するものであってはならない、との三つが、そのうち一つでもクリアできないと違憲となるものとして立てられていること、に留意しておきたい。すなわち、この基準は、アメリカにおいては、政教分離原則違反に対する相当厳格な判断基準として理解されているのである。このようなアメリカ判例理論との比較において、津地鎮祭訴訟については、まず、(ア) こうした国家のする宗教活動の事案は目的・効果基準の適用に本来はなじむものではないのに、最高裁多数意見はそれに拠って処理していること、および、仮にこれに拠ることが許容されるとしても、多数意見は、(イ) ①の「目的」基準と②の「効果」基準を各々独立させずに一体のものとして扱い、また③の「過度のかかわり合い」も右二つの基準で許されない結果生じる事態と解して、独立の基準とは考えていないこと、さらに、(ウ) 目的・効果基準を具体的事実関係に厳密に適用していないこと、といった致命的な問題性が指摘される。

さらに、わが国の政教分離原則は、アメリカのそれと比べて、憲法の規定（二〇条、八九条）が一義的に明確で具体的であることから、また歴史的背景を顧慮すればなおさらに、より厳格なものであるということができる。それゆえ、目的・効果基準を参考にする際にも、これをアメリカ判例理論におけるより、一層厳格に把握して用いることが求められていると考えるべきである。

右のような内容の、最高裁流の目的・効果論のもつ問題性の大きさは、上記の諸判決のうちで箕面市忠魂碑訴訟第一審判決が、目的・効果基準に拠りながらもこれを最高裁のした仕方ではなく、政教分離原則を厳格に解して用いていることとの対比からも明らかである。それにもかかわらず、最高裁は、本年（一九八八年）の自衛官合祀訴訟においても右の自己流の目的・効果論を踏襲しており、結局、目的・効果基準を、政教分離原則を限りなく緩和させ、かつ、国家が行なう宗教活動のケースについてまで妥当する審査基準として扱う見地が、判例として確立したものとみられるべきであるかも知れない。しかし、このような判例傾向は、日本国憲法の拠って立つ重要な足場の一つである政教

分離原則を掘り崩し、実質上空洞化させるものであるといわなければならない。なお、最高裁がその憲法判断を立法・行政両府の政治部門さらに広く社会過程とのかわりを考慮しつつどのようなタイミングで示すかという問題関心からすれば、一九八八年の右判決については、これを、間近に迫った天皇の代替りにもなっているところの、天皇の死去および即位にかかわる神道式の諸儀式との関連で理解しておくことも、あながち的はずれではなからう。

(二) いうまでもなく、政教分離原則は、国家と宗教の結びつきが他の宗教への迫害ないし国民に対するイデオロギ―的支配の道具になったという歴史的経験をとおして、ひとつには個人の宗教の自由を補強し、さらに政府を破壊から救い宗教を墮落から免らせるための不可欠の原則として確立されたものである。<sup>(11)</sup> とくに、わが国では、戦前の天皇制国家において、神社神道は、宗教でないとされ、その実、国教の地位を与えられて、神権天皇制下の国家主義・軍国主義の維持・推進と深く結びつき、他方、他の宗教は、国家権力により多かれ少なかれ抑圧を受けたという歴史の負の体験をわれわれはもっている。敗戦の結果、この祭政一致のもたらした害悪への根本的反省に立って、神社神道の、国家神道たる特殊な地位を排除し、神社神道を含む一切の宗教と国家の完全な分離をはかるべく、日本国憲法にこの原則を明記するに至ったのである。<sup>(12)</sup> このような事情からすれば、わが国の政教分離原則は、アメリカ・フランス型に属するものとされつつ、一層厳格な分離を指向するものと当然に解される。<sup>(13)</sup>

右の指摘は、日本国憲法理解にとっての、いわば常識に属するものとみてよい。そうであるからこそ、学説においては、解釈論上、わが国憲法の政教分離原則について、これを、国家の非宗教性を前提として、国家と宗教の徹底した分離を命じたものであると解する立場——それは「厳格分離」説、「完全分離」説、「絶対分離」説などと名付けられてきた——が多数を占めているのである。もっとも、この厳格分離の思考に属する諸説のいずれも、宗教系私立学校への国庫助成、寺社の文化財への補助金支出、刑務所における教誨などの事例をめぐって、ニュアンスや立場の差

はあるが、それらの全部またはいくつかを例外として認めるという理解を採っている。

この厳格分離の見解に対して、政教分離の程度が緩和されてよいとする立場——「限定分離」説、「相対分離」説等と呼ばれてきた——は、従来、有力なものではなかった。戦後も機会あることに主張されてきた神社非宗教論や、二〇条は国家と「宗教」との結合でなく、たんに「教会」との結合のみを禁じたものであるとする解釈<sup>(14)</sup>などは、ほとんど浸透力をもちえなかったのである。しかしながら、今日、まさに最高裁型の目的・効果論が、政教分離を相対化する手法として、判例上大きな潮流を形成し、学説にも顕著な影響を及ぼしている。このような状況の下で、津地鎮祭訴訟の第一審津地裁が示したような素朴な習俗論<sup>(16)</sup>が、上告審によって、「社会通念」<sup>(17)</sup>ないし「一般人の意識」を媒介にして甦り、憲法判断の「理論」としての装いをまとうに至っており、また、一説の、「政教分離」自身は学問上の概念であって法源でなく憲法諸条規の明文規定のみが法源とされるべきであるとの理解に拠って、「わが国の政教分離を解釈するに当っては、国家と宗教の『かかわり』一般を問題にする必要はなく、憲法各条が禁止する具体的かかわりのみについて判断すれば足りる」との「限定解釈」をした上で、目的・効果基準を適用すべしとする主張<sup>(18)</sup>もみられる。こうした見解からすれば、政教分離原則の厳格性は一層減せられることになる。

(三) このように、判例による目的・効果基準の採用を背景として政教分離についての相対分離的思考が拡大している今日、とくに、この思考の立場から、厳格分離説が政教分離にいくつもの例外を認めている点が取り上げられ、「その実質的根拠は、結局は限定分離説と同様のところに求めるしかなさそうである」<sup>(19)</sup>との指摘が、次のような論旨をふまえて出されることになる。

「先の最高裁判決〔「津地鎮祭訴訟上告審判決」〕の反対意見や学説などのいわゆる厳格分離説は、『国家の非宗教性』を前提とし、国家と宗教の完全な分離を主張しているが、他方では、いずれもいくつかの例外を認めている。このうち、宗教系私立学校への国費助成については意見が分かれているものの、刑務所における教誨や神社仏閣等の文化財への補助金支出、宗教法人へ

の免税措置等については、厳格分離説はいずれもこれを合憲としており、結論的には相対分離説と変らない。とすれば、厳格分離説なるものも、実は『名』のみであって、基準は曖昧であり、恣意的解釈に流されてはいないか。<sup>(191b)</sup>

さらに、別の論者により、「相対分離説」と「絶対分離説」の相違は、「分離の厳格さにあるのではなく、違憲審査の基準として、『目的効果基準』を正面から用いるか、それとも暗黙のうちに用いるか」<sup>(201a)</sup>にあるにすぎないと言え、次の叙述にもとづいて論じられている。

「学説の多数は、国の行為において若干でも宗教性が認められればただちに政教分離原則違反を肯定すべしとする（絶対分離説）。しかし、(1)このような立論が文字どおり貫徹しえないことは明らかである。『もしそうするなら、地蔵や文化財たる寺社および宗教系の私立学校への公費助成も違憲となる。』(2)『絶対分離説』もこのような不合理に留意して、文字どおりの絶対分離を主張するものではない。右に示した諸点については、すべて、宗教性がないとし、または、宗教的目的にもとづくものではないとして、合憲とする。『絶対分離説』は、立論の構造においては『絶対分離』を主張するが、立論の結果においては『相対分離』に帰結する。このような論理的矛盾を内包した『絶対』概念は、論者の主観的契機ないし意欲的傾向を表現する修辭上の概念にすぎない。(3)『絶対分離説』は、二〇条三項の『宗教的活動』を審査基準として直接用いざるをえず、タウトロギーは避けられない。」<sup>(201b)</sup>（傍点は原著者）

私は、政教分離についての厳格分離的思考と限定分離的思考との間に個々のテーマにかんしては共通の「立論の結果」が生じるにしても、両者の間の「立論の構造」が相違するところにこそ本質的な意義があると考えるものである。それにしても、右のような、両思考の差を相対化してとらえる見解が出るについては、厳格分離説の側に、立論の上での、とくに審査基準にかんする論理のあいまいさがあったことも手伝っているように思われる。<sup>(21)</sup> 最高裁判所が「政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない」事例として挙げたところの、宗教系私立学校への国庫助成、文化財たる神社・寺院の建築物や仏像等の維持・管理のための国の補助金、刑務所における教誨活動などについて、厳格分離説の側でも、一般に、これらを

例外的に合憲であるとするが、その際、その論拠は何なのか、また、これらの各事例は一律に論じてよいのか等の論点を含む違憲判断の基準が、十分精密に立てられているとはいえない。本稿を草する目的も、この点にかかわっている。

(四) すなわち、本稿は、日本国憲法の拠って立つ厳格な政教分離の原則をその空洞化から擁護することに資することを希求しつつ、厳格分離の思考にもとづいて解釈する場合、どのような違憲審査基準が立てられるべきかを考察することを課題とする。その考察をとおして、審査基準論の精緻化のための一私見を提示すべく試みる。本稿のテーマは、右の点に限られており、また、検討は、解釈論のレベルにとどまっている。では、これまでの論議の整理からはじめよう。

# 註

- (1) 最大判昭五二・七・一三民集三一巻四号五三三頁〔津地鎮祭訴訟上告審〕。
- (2) 大阪地判昭五七・三・二四判時一〇三六号二〇頁〔箕面市忠魂碑訴訟第一審〕。
- (3) 大阪地判昭六一・五・三〇判タ六〇二号四一頁〔大阪地蔵像訴訟〕。
- (4) 盛岡地判昭六二・三・五判時一二二三号三〇頁〔岩手増国訴訟〕。
- (5) 大阪高判昭六二・七・一六判時一二三三七号七頁〔箕面市忠魂碑・慰霊祭訴訟控訴審〕。
- (6) 最大判昭六三・六・一判時一二七七号三四頁、判タ六六九号六六頁〔自衛官合祀訴訟〕。
- (7) 参照、笹川紀勝「信教の自由——最高裁判例を中心とした信教の自由の動向（論理・意義・機能）」公法研究四八号（一九八六年）六一頁。
- (8) 高柳信一「国家と宗教——津地鎮祭判決における目的効果論の検討」法学セミナー増刊『思想・信仰と現代』（一九七七年）一三頁。
- (9) 芦部信喜「国家の宗教的中立性」法学教室八五号（一九八七年）一二～一三頁。

- (10) 参照、小林武「憲法訴訟と立法権の関係をめぐる若干の問題——憲法判例の再検討のために」南山法学九卷三号(一九八六年)一頁、とくに二四頁以下。
- (11) たとえば、有倉遠吉「小林孝輔編『別冊法学セミナー・基本法コンメンタール・憲法・第三版』(一九八六年)八四頁〔高柳信一「大浜啓吉執筆」〕。
- (12) たとえば、佐藤功「日本国憲法概説・全訂第三版」(一九八五年、学陽書房)一七二～一七四頁。
- (13) たとえば、滝澤信彦「信教の自由」林修三「奥原唯弘編『憲法演習』(一九八一年、高文堂出版社)七〇頁。
- (14) 最近の文献の一例として、新田均「神道非宗教論の発生——神社非宗教論再考序説」法と秩序一〇一号(一九八八年)二頁以下、同「神道非宗教論の展開——統神社非宗教論再考序説」同二〇二号(同年)四〇頁以下。
- (15) たとえば、高乘正臣「信教の自由と政教分離原則——箕面市忠魂碑・慰霊祭訴訟控訴審判決に関連して」嘉悦女子短期大学研究論集五二号(一九八八年)三四頁。
- (16) 津地判昭四二・三・一六判時四八三号二八頁〔津地鎮祭訴訟第一審〕は次のようにいう。「本件起工式はそれが外見上は神道の宗教的行事に属することは否定できないけれども、その実態をみれば神道の布教宣伝を目的とする宗教的活動ではもちろんないし、また宗教的行事というより習俗的行事と表現した方が適切であろう」。
- (17) 小嶋和司「いわゆる『政教分離』について——靖国公式参拝問題にふれて」ジュリスト臨時増刊八四八号(一九八五年)一九頁。
- (18) 百地章「政教分離解釈をめぐる若干の問題点」愛媛法学会雑誌一四卷一―二号(一九八七年)九三～九四頁および一〇八頁。
- (19) 百地・前掲論文。a——一〇七頁、b——八四頁。
- (20) 長尾一紘『日本国憲法・新版』(一九八八年、世界思想社)。a——一七七頁、b——一七六～一七七頁。
- (21) 百地・前掲論文も、この点を——結論は拙考と全く異なるが——指摘している(八五頁など)。

## 二 従来の論議の概括

(一) 先にも述べたように、政教分離原則にかんして、大多数の学説は、日本国憲法は宗教的中立性を要求してお



り、その下で国家と宗教の厳格な、あるいは完全ないし絶対的な分離が定められているものと解しており、この分離を限定的なものと解する立場は少数にとどまっている。<sup>(22)</sup> もっとも、典型的には津地鎮祭訴訟大法廷判決の反対意見が国家と宗教の徹底的な分離を憲法の趣旨であるとしつつ両者のかかわり合いを例外として許容していることをとらえ、限定分離説と絶対分離説との差は程度の問題であって質の問題ではないと説いて、両説の相違を相対化する見解もある。しかし、両説は、その原則的態度においては、「相対的分離主義が、国家と宗教のかかわりを認めた上で、特定の効果が生じたときになって始めて、政教分離原則違反が問えると考えているのに対して、逆に完全分離主義は、個々人の信教の自由を『私事』と考え、その独立性、不可侵性を保障せんがために、国家およびその機関が積極、消極を問わず一切の宗教的活動をすることを禁じられている趣旨と解すべきであるとしている」<sup>(24)</sup>点で区別され、また、審査基準論のレベルでは、限定分離説は、「国家と宗教のかかわり合いの肯定、合憲性の推定の上で、かかわり合いの許容されない限度を、例外的に、政教分離原則の意味と捉え、」他方、厳格分離説は、「政教分離原則の下に国家と宗教のかかわり合いを『一切排除』しようとし、いわば違憲性の推定の上で、かかわり合いの許容される場合を例外的に考えよう」<sup>(25)</sup>とするものであるということができ、さらに、憲法二〇条三項の解釈論としては、限定分離説が、「憲法が国にある程度の宗教的機能を営むことを認め、本項において国に対し禁止すべき宗教的行為を制限的に挙示したもの」とみるのに対し、厳格分離説は、二〇条三項の「宗教的活動」は同条二項の「宗教上の行為、祝典、儀式又は行事」とその範囲をひとしくし、「およそ宗教的信仰の表現であるいっさいの行為を包括する」<sup>(26)</sup>ものと解することになり、両説の相違は、けっして相対的なものとどまらない。

(二) さて、厳格分離的思考をする通説は、従来より、国家と宗教のかかわりが認められる例外的領域を許容しながら、その許容の範囲・限界を確定する判断基準の設定には必ずしも自覚的ではなかったといえる。すなわち、まず、初期の通説的見地をみると、国家と宗教の分離を極めて厳格に貫く立場に立つことを前提にし

て、国家の行なう活動の宗教性の有無——当該活動がなお宗教性を払拭していないか、それとも習俗になりきっているか——のみを判断基準としていた。たとえば、一九五三—五四年刊行の『註解日本国憲法』<sup>(27)</sup>はいう。

「宗教的起源を有するものであっても、その宗教的意義が稀薄になり、社会生活における習俗となっているときは、国家がそれを行っても本条〔二〇条〕に反するとはいえぬことがある。例えば国有鉄道においてクリスマス・ツリーを飾ることが本条の趣旨に反するものではないかということが問題とされたことがあるが、クリスマス・ツリーの装飾は単なる季節的装飾にすぎず、国が宗教的行為を行うとはみられないとされた。この解釈は是認すべきであろう。郵便局が門松をたてたりすることについても同様である。但し、そこまで宗教的意義が薄れずなお若干宗教的要素を残存せしめるとみられるときは、慎重なことが望ましい。例えば花祭りや、特定の神社の式典を記念して記念切手を発行する如きは問題となる余地がある。」

右のような厳格な解釈から、憲法八九条をめぐる宗教系私立学校への国費補助に堪しても、「間接に特定の宗教教育を助成する虞れがある」から「現在程度の公の監督しかない私立学校や社会事業に補助金を交付したり、無償で公有財産を貸与したりすることはできない」<sup>(28)</sup>との判断を示している。また、宮沢俊義博士も——一九七一年の『憲法Ⅱ・新版』はこのテーマにかんする叙述がないが——一九七八年の『全訂日本国憲法』で、クリスマスの飾りものや正月のしめ縄は「現在においては、まったく宗教的な意味をもたない習俗的行事」にすぎないから「宗教的活動」と見るのは正当でない<sup>(29a)</sup>、との宗教性論だけを展開し、また、八九条に堪して、「すくなくとも宗教教育その他宗教的活動を行う私立学校……に対して補助金等を出すことは、本条前段によって違憲とされなくてはなるまい。これを裏からいえば、国または地方公共団体から補助金を受けた私立学校は、宗教教育は行うことができない」<sup>(29b)</sup>と論じている。

——こうした学説は、国家がかかわっているものは「宗教」ではないのだとすることで、その限りで、絶対的分離を完璧に貫くものであったといえよう。

(三) ついで、津地鎮祭訴訟最高裁判決（一九七七年）の前後から、学説は、厳格分離的思考を維持しつつ、例外的に

許容されるべしとする諸事例について、その許容の論拠を具体化しようとするようになる。刊行時順に若干の著作を挙げるなら、一九八〇年の小林直樹『新版・憲法講義・上』は、右判決に論駁している。

宗教系私立学校への国庫助成および文化財たる社寺・仏像の維持のための補助金については、それは「文教政策上必要な事柄であるうえ、宗教性によって何らの差別もなしに行われうるものであり」、刑務所における教誨活動も、「国が特定の宗教を強制も優遇もする意味あいを全く持たないものであって、これらを『不合理な事態』とする根拠はおよそない。こういう事例は、判決の説得性を減削するだけでなく、むしろ裁判所の固定化した思维方式を示すものとして、逆効果しかないだろう。」<sup>(30)</sup>

同様に、一九八二年の伊藤正己『憲法』も、「宗教団体が設立した学校法人を設置者とする私立学校に対する補助金も、そこでの宗教教育に用いることを目的とするのでなければ、八九条前段に抵触するものとはいえない」、また、「宗教団体への補助金の支出であっても、その宗教的な面に着目するのではなく、その保有する文化財の修理などへの補助であるときは、ここ「八九条」にいう特権とはいえない」、<sup>(31a)</sup>そして、刑務所における教誨も、「受刑者が個別に要請するとき、私人たる教誨師が行うならば、たとえ国の施設において行われるとしても、憲法上許されると思われる」とする。<sup>(31c)</sup>（ただし、宗教法人に対する免税については、一方で、「法人税法七条のように公益法人や社会福祉法人などとならんで非営利法人として宗教法人が免税をうけるときは差し支えない」としつつ、他方八九条をめぐって、「宗教法人は前段の問題であり、これを嚴格に解する必要がある、政教分離の原則からみて、この免税措置には憲法上疑義があると考えられる」と述べて、論旨が一貫していない。）<sup>(31e)</sup>また、一九八三年の佐藤功『ポケット註釈全書・憲法』も、「非営利法人であることを理由として、公益法人・社会福祉法人などともに宗教法人にも免税の扱いをすること（法人税法四条一項・七条）、文化財価値を理由として、他の文化財とともに神社仏閣にもその管理・修理について補助金を交付すること（文化財保護法三五条）などは、ここ「二〇条一項」にいう特権の賦与には当たらない」、「監獄法二九条の定める教誨についても……在監者は一般人と異なり、たとえば神社・教会などにおいてその信

仰を満足させる機会を有しえないのであるから、監獄内においてその機会を与えることがその信仰の自由を保障することになる<sup>(32-1)</sup>」から差支えない、とし、なお、私学助成については、宗教系私学に限定しない私学一般論ながら、私立学校は八九条のいう「公の支配」に属しているといえること、および、助成が社会的基本権の性質をもつ「ひとしく教育を受ける権利」を充足するためのものであることの二論拠から<sup>(32-1)</sup>、違憲でないとしている。

——これらは、少々粗く整理をすれば、私学助成や文化財補助については平等原則、教誨については信教の自由という憲法上の要請によるものであるとして、それら厳格分離の例外諸事例を個別的に正当化しようとするものである。しかし、こうした論理は、右諸事例のような国家と宗教のかかり合いの憲法適合性を判定する一般的基準を提示していない。

(四) もっとも、厳格分離的思考に立ちつつ政・教のかかりにかんする違憲審査基準の明確化を考察する論稿もある。代表的なものとして、種谷春洋教授が、既に一九七八年以降次のような指摘をしている。

「本条〔一〇憲法八九条〕の保障も、信教の自由に関する憲法二〇条との相関関係において理解される必要がある。すなわち、同条は、本来、信教の自由を、政教分離の原則という客観的制度的側面において保障したもの、と解されるから、同条は、信教の自由そのものによって、その目的上、内在的に制約される<sup>(33)</sup>」。

「政教分離は、その内容が、憲法上、一義的に定められており（二〇条一項後段・三項・八九条前段）、したがって、右の原則は、合理的な範囲内で一定の内在的制約に服する場合のほかは、禁止的效果をもつものとして、実定法規を直接支配する、と解される<sup>(34)</sup>」。

一九八一年の佐藤幸治『憲法』も、政教分離原則は「一定の内在的制約に服するほかは、公権力を厳格に拘束するものと解すべきであらう<sup>(35-a)</sup>」と述べて、種谷説と同趣の内在的制約の考え方を採り、これを具体化して、たとえば、「在監者の申出に基づき、国が特定の宗教団体に対し教誨師を委嘱紹介するような行為は、八九条にいう財産供用にあたらないかの問題がある。が、これは、在監者の信教の自由の規制を拘禁目的上最小限のものと定める必要性か

らくる、政教分離原則に内在する限界と解<sup>(35)</sup>される」とする。

なお、小林孝輔教授に、審査基準にかんする次のような叙述がみられる。

日本国憲法においては、「政教分離原則の貫徹そのものが目的ではなく、信教の自由・人権の保障が目的なのである。だからわれわれが問題とすべきは、政教分離原則が貫徹されているかどうかでなく、むしろ逆に政教の一致が目的合理性をもつか、目的不合理性をもつかであるといえるであろう（宗教学校への公的助成は、目的合理的政教一致といえる<sup>(36-a)</sup>）」。

「日本でも宗教学校に対する公費助成がなされている。その点は祭政一致であろう。けれどそこには、教育権の保障、平等権の保障という合理的理由がある。これに対し神式地鎮祭は、政教の一致により民主的憲法秩序に違背する以外になんの意味もなく、つまり全く合理的根拠を見出し難いのである<sup>(36-b)</sup>」。

この「目的合理性」ないし合理的理由・根拠の有無をメルクマールとして準則化をはかろうとする手法と、先の内在的制約の考え方とは、論理の立て方が異なるが、政・教のかかり合いの問題が分離原則に反しないかを審査する基準として相似たものであって、いずれの基準がより厳格であるかは、両者の論理構造それ自体からは定まらず、その用い方次第にかかっているものと思われる<sup>(37)</sup>。後に三で再び触れたい。

(四) 極く最近に至って、学説上、厳格分離の思考を共通のベースにしつつも、目的・効果基準について、アメリカ判例理論上の意味を正確に理解し、かつわが国憲法に適合しうるよう限定を付した形で、これを審査基準として用いることが可能かつ適切であるとする考え方が有力になっているように見受けられる。

もっとも、「完全分離主義」を貫徹させるべきことを強調し、非宗教的国家が宗教とかかわり合う場面を——私立学校と文化財への助成については平等条項を、教誨については宗教的自由を援用することにより——例外として個別的に肯定し、目的・効果基準を一切排除する立論も見られる。代表的なものとして、上田勝美教授の次の叙述をとりあげておこう。

最高裁の津地鎮祭訴訟判決の目的・効果論については、「判決の如き問題の提出の仕方では、仮に国家と宗教の關係についての相対的分離主義の立場に立つてもなお問題である。いわんや完全分離主義の立場からは、論外な議論の提出である」<sup>(38)</sup>。

また、目的・効果基準を厳密に適用して違憲判決を出した箕面市忠魂碑訴訟大阪地裁判決についても、「判決のよって立つ理論的根拠となっている、いわゆる目的効果論は、本事例においてこそ違憲判決を導きえたものの、一般的には、相対的政教分離主義とセットされる理論である点で、採用しえない理論といえる。すなわち、わが国においては、厳格な政教分離主義の確立の課題が、信教の自由の保障と不可分のものと考えられる以上、基本的に再検討される必要がある、ということである」<sup>(39)</sup>。

ただ、同教授の場合も、右引用の前者の論文の中で、「文化財等に関する国の助成もそれが平等原則に立ってなされる以上、その文化財を持つ特定の宗教団体もしくは宗教組織に対する援助、助成と考えることは、基本的に間違っている。その理由は、寺院等の文化財等への助成は、毫も、当該宗教団体のための宗教活動を助け、他の宗教団体を差別・圧迫することではないからである」<sup>(40)</sup>（傍点は引用者）との、目的・効果基準に拠ったかと思われる叙述がみられ、右のような事例の限りで同基準の採用を認めているとも受けとることができる。

これに対して、目的・効果基準について、審査基準としての、一定範囲内での適用可能性を正面から評価する諸説がある。そのきっかけの一つは、前出一九八二年の箕面市忠魂碑訴訟大阪地裁判決で目的・効果基準を厳密に用いて市の忠魂碑移設を違憲とする判断が出されたことであるが、まず、笹川紀勝教授の論稿が、同判決の目的・効果論は津地鎮祭事件最高裁判決のそれと異なり、「政教分離を質的問題として位置づけつつ、程度問題を例外的に衡量し」<sup>(41)</sup>たものであるとして、これに積極的な評価を与えている。同教授は、その後、この点をより敷衍させた形で、「政教分離原則の内在的制約説に立ったとき、その違憲合憲判断の具体的展開には、目的効果論は役立っし、より緻密な検証も可能になるのではないかと思う」<sup>(42)</sup>と論じている。また、芦部信喜教授も、右の大阪地裁判決がアメリカ判例理論において一九七〇年代初頭に付加された「過度のかかり合い」のテストを正しく採り入れている点に注目しつつ、

「アメリカ判例理論における」六〇年代の目的・効果の基準を新しく修正していく考え方を考慮に入れて考え直してみることとも、日本国憲法の解釈論を深め、信教の自由の保障を確保してゆくに必要な作業だ<sup>(43)</sup>と述べている。

そして、具体的な憲法二〇条の解釈論においても、次のような論旨が採られる。たとえば、浦部法穂教授は、「津地鎮祭訴訟最高裁判決の論理その他いかなる理屈によるにせよ、政教分離原則を何らかの程度において緩和することは、本条〔二二〇条〕の保障を無にすることにつながる、ということ<sup>(44-a)</sup>を肝に銘じなければならない」との態度を貫きつつ、目的・効果基準の採用については、国が宗教活動を行なったケースでは問題にする余地がないが、ただ経済的特権の付与の場合に限り次のような形であてはめてよいとして、これを限定付きで導入している。

文化財保護のための補助金、私学への助成、宗教法人への免税は、二〇条の禁止する宗教団体への特権付与にあたらないが、「もっとも、形のうえでは、国民一般への利益付与という形式をとっても、それが宗教団体への特権付与の「かくれみ」であるにすぎないような場合は、本条に違反するとみななければならない。」「かくれみの」であるかどうかは、当該利益付与の措置の目的ないし効果において、<sup>(44-b)</sup>（特定の、もしくはすべての）宗教に対する援助・助長・促進または圧迫・干渉等になるか否かによって判断されるべきことになろう。」

さらに、中村睦男教授は、目的・効果基準の適用可能性を一般化して、いう。

「目的効果論を必要最小限度の基準として捉える考え方も十分成り立つ見解であり、「社会生活における国と宗教とのかわり合いを完全に否定できないことを前提にすれば、目的効果基準はその有用性を否定できない。」<sup>(45-a)</sup>」

「津地鎮祭訴訟における」最高裁多数意見が宗教的私立学校への助成が許されるのであるから、神道式地鎮祭も許されるというのは、政教分離原則の緩和という観点で一貫した見解であるが、同少数意見が、地鎮祭について完全分離を貫ぬき、宗教系私立学校への助成は政教分離の問題ではないとするのは、論理一貫しない考え方である。国が行う地鎮祭に対して厳格分離の観点から目的効果基準を適用すべきことと同様に、宗教系私立学校への助成も目的効果基準によりその合憲性が厳格に審査される必

要がある。<sup>(45-b)</sup>」

しかも、本年（一九八八年）の自衛官合祀訴訟最高裁判決が、自衛隊地連の係官の行為は合祀申請にかんする事務的協力であったと認定したうえで、それに目的・効果基準をあてはめ、宗教的活動とはいえないと判示した点についても、その結論には賛成できないとしつつ、「本件の場合には、異議国神社の合祀行為に対する地連の協力的行為が争われており、国家と宗教とのかかわりの程度を問題とする目的効果基準に適した事例といえなくもない。その意味で、多数意見が目的効果基準に依拠したことは、津地鎮祭事件の判例があることもあり、一応妥当であったということができる<sup>(46)</sup>」との戸波江二教授の見解が出されている。こうした考え方によるならば、目的・効果基準の適用の場は著しく拡大することになるであろう。

——以上で学説状況をひととおり概観しえたとするならば、それは、国家と宗教とのいかなるかかわりがどの程度まで、いかなる理由によって合憲でありうるかについての審査基準が未だ明確には確立していないこと、および、とくに近時、厳格な政教分離が維持・実現されなければならないとする見地からは、目的・効果基準の用い方について、分離原則の厳格性を過度に緩和することになりはしまいかとの危惧を抱かせるような見解も出されていること、を示しているといつてよからう。先にも述べたように、国家と宗教の厳格な分離を貫くためには精緻な審査基準が必要とされる。そこで、次に章を改めて、そのテーマにかんする私見の提示を試みることにしたい。

## 註

- (22) 限定分離的学説の例として、川北洋太郎「津地鎮祭最高裁判決の憲法上の論点」ジュリスト六四八号（一九七七年）四一頁以下、百地・前掲論文（註18）などが挙げられる。なお、長尾・前掲書（註20）は、先に引いた個所（註20-b）に続けて、「相対分離説をもって妥当とすべきである」（一七七頁）と述べているが、同書は、わが国の政教分離原則が厳格なものであること自体を否定するものではない。すなわち、同書の立場は、明治憲法下の神社神道を事実上国教化したマイナス



の歴史的経験にかんがみて規定された「日本国憲法における政教分離原則は、議會制民主主義諸国のなかでも厳格な分離を要請するものに属する」(一七六頁)との認識を示しつつ、学説の多数であるところの、「国の行為において若干でも宗教性が認められればただちに政教分離違反を肯定すべしとする」(同頁)絶対分離説は、自らも例外を認めるように、実際上文字どおりには貫徹しえないから採れない、とするところにある。私は、同書の、「厳格な分離を実現するためには、明確かつ厳密な違憲・合憲の判断基準を確立することが必要とされる」(同頁)との考え方に同感であり、本論文も、その確立に向けての一試論なのであるが、すぐあとの本文で触れるとおり、相対分離説と絶対分離説の相違について、それを、同書のように、目的・効果基準を違憲審査の基準として明示的・黙示的いずれの仕方でも用いるかにある(一七七頁)と捉えるのは賛同し難く、またその点とかわかって、厳密な審査基準を考察する際の目的・効果基準の評価の仕方ないし位置づけについても、「現在形成過程にあるこの基準の、今後における明確化・精密化こそが当面の課題である」(一八三頁)との指摘に充分首肯しつつも、その前に、わが国の問題に、目的・効果基準をあてはめる際の場の限定がなされなければならないと考えるものである。

- (23) たとえば参照、林修三「津市体育館起工式事件最高裁判決を読んで」法律のひろば三〇巻一〇号(一九七七年)一〇頁、同「地方公共団体が神式行事を取り入れた起工式をすることは憲法に違反しない」(下)時の法令九七九号(一九七七年)六〇頁。

- (24) 上田勝美「信教の自由」声部信喜ほか編『演習憲法』(一九八四年、青林書院)二二九頁。

- (25) 笹川紀勝・前掲論文(註7)五八頁。

- (26) 佐藤功『ポケット註釈全書・憲法(上)』[新版](一九八三年、有斐閣)三一五頁。なお、伊藤正己『憲法』(一九八二年、弘文堂)二六八頁も同旨。

- (27) 法学協会編『註解日本国憲法・上巻』(一九五三年、有斐閣)四一三〜四一四頁。なお、引用にあたって、旧字体を新字体に換えるなどした。

- (28) 同右・下巻(一九五四年、同)一三三六頁。

- (29) 宮澤俊義著・声部信喜補訂『全訂日本国憲法』(一九七八年、日本評論社) a——二四二頁、b——七四九頁。

- (30) 小林直樹『新版・憲法講義・上』(一九八〇年、東京大学出版会)三七六頁註(24)。

- (31) 伊藤正己『憲法』(前掲・註26参照) a——四六四頁、b——二六六頁、c——二六九頁、d——二六六頁、e——四六

四頁。

- (32) 佐藤功・前掲書(註26、上Ⅱ一九八三年・下Ⅱ一九八四年) a——上三〇八頁、b——上三二二頁、c——下一一七六一一七七頁。

- (33) 芦部信喜編『憲法Ⅱ人權(1)』(一九七八年、有斐閣)三七〇頁〔種谷春洋執筆〕。

- (34) 種谷春洋「政教分離」清宮四郎ほか編『新版・憲法演習Ⅰ』(一九八〇年、有斐閣)二六七頁。

- (35) 佐藤幸治『憲法』(一九八一年、青林書院新社) a——三四二頁、b——三四五頁。

- (36) 小林孝輔「地鎮祭と政教分離の原則」ジュリスト増刊『憲法の判例・第三版』(一九七七年) a——三二頁、b——三二頁。

- (37) 百地・前掲論文九八頁は、「このような『内在的制約説』は、先の『目的合理性』の基準と比べ、かなり厳格な基準を提示するものといえよう」とする。

- (38) 上田勝美「信教の自由と政教分離の原則」反靖国宗教者連絡会編『宗教的人格権の確立』(一九八七年、法蔵館)五三頁。

- (39) 上田「忠魂碑訴訟大阪地裁判決の意義と課題」ジュリスト七七一号(一九八二年)三〇頁。

- (40) 上田・前掲論文(註35)五三頁。

- (41) 笹川紀勝「信仰の自由と政教分離の関係」ジュリスト七七一号(一九八二年)三九頁。

- (42) 笹川・前掲論文(註22、一九八六年)六五頁。

- (43) 芦部信喜「国家と宗教」法学教室五二号(一九八五年)一三頁以下、引用文は一五頁。なお、この論稿の基礎にある講演は一九八三年九月のものである。

- (44) 樋口陽一ほか『注釈日本国憲法・上巻』(一九八四年、青林書院新社) a——四一三頁、b——四〇五頁〔浦部法穂執筆〕。なお参照、浦部『憲法学教室Ⅰ』(一九八八年、日本評論社)一六五頁以下。

- (45) 中村睦男『憲法30講』(一九八四年、青林書院) a——一〇〇頁、b——一〇二頁。

- (46) 戸波江二「信教の自由と『宗教上的人格権』」法律のひろば四一九九号(一九八一年)三二頁。もっとも、同論文は、この判決の判断構造を全面的に肯っているのではなく、「多数意見は、目的効果基準の適用にあたって、『当該行為に対する一般人の宗教的評価』や『当該行為の一般人に与える効果、影響』なども考慮すべきものとしているが、これらの要素を勘案することが政教分離原則違反の判断にとって必要かどうかはきわめて疑わしい」(同頁)との留保を付している。

### 三 審査基準設定の試み

#### (一) 厳格分離実現のための審査基準論

(一) わが国憲法の政教分離原則は国家と宗教の厳格な分離を定めたものと解されるべきであり、審査基準設定の論議も、この厳格分離の確保を目指してなされなければならない。その理由は、前章までのいくつかの断片的文章においても示しているところであるが、改めて整理した上で叙述を進めよう。

まず、国家と宗教のかかわりが禁止される理由については、滝沢信彦教授の、自己の浩瀚なモノグラフィーにもとづく要領よいまとめである、「宗教に対する公的支持を与えることになる国の行為は、(a)少数者に圧迫を加え、(b)国と宗教との密接な結び付きまたは紛争を生み、(c)宗教をめぐる社会的、政治的な分裂、抗争を生むことになりうるから禁止されるべきであり、わけてもそれは、(d)宗教の政治的利用に道を開くことになるがゆえに禁止されるべきなのである。／宗教は、基本的には、個人の心の窮極の拠りどころとなるものであるがゆえに神聖な私事とされるべきであり、世俗権力の介入すべからざる精神領域であり、ボランティアズムが貫徹されるべき個人の自律領域と認められねばならない。宗教の保護は宗教の退廃を招き、宗教の政治的利用は、個人の神聖なものの冒瀆であると同時に政治的専制と自由の抑圧とを招き、政府に道を誤らせることになり、他面宗教の健全な発展が社会と文化に実質的な寄与をなす<sup>(47)</sup>」との記述を掲げるにとどめよう。わが国憲法の場合は、右の理由に加えて、戦前の国家神道と軍国主義の結合、および敗戦後の神道指令に始まる政教分離の歴史にかんがみて、また、規定(二〇条、八九条)が一義的に明確かつ詳細であることから、同様のタイプに属するアメリカなどと比較しても、厳格度のより高い分離を定めたものであることを再確認しておきたい。

(二) そして、わが国憲法学においては、通説的学説は一貫して右のような見解を採ってきたといえる。もっとも、前章で概括したように、この学説の中で、国家と宗教のかかわりを一切、機械的に排除する見解はほとんどみられないから、いずれにせよ両者のかかわりの許否を判断する枠組みなり基準なりが考慮されていた。すなわち、初期の学説には、国家のかかわっている当該事象の宗教色を否定することによって絶対的な分離を貫徹するという論理をつかう傾向があったが、その後、多くは、国家の宗教へのかかわりに合理的理由があるいくつかの事例について、それらを厳格分離の例外として個別的に説明するという処理の仕方、分離原則の厳格性を保存する論法を用いているわけである。しかし、この論法は、国家と宗教の絶対的分離を言いつつ例外的にこれを緩和するのは「論理矛盾」であるとの批判<sup>(48)</sup>を招いているほかに、それにもまして、何が例外として許容されるかについての一般的判断基準を具えていないがために、各事例毎の許否判断が論者の主観に左右されるという大きな欠点をもっている。そうした事情を背景として、目的・効果基準が、それをわが国で用いる際には是非必要であると考えられる限定を付さないままに使用される傾向が、判例のみならず学説においてもみられるのである。とすれば、政教分離の厳格性を確保・実現するためには、それにふさわしい明確で精緻な、準則化した審査基準を、これまでも提示されているものに学びつつ設定することを現今の課題としなければなるまい。

この点にかんする卑見について、結論を先取りしていえば、私は、国家とのかかわりが争われている宗教的事象について、まず、それがわが国憲法の定める高度に厳格な政教分離原則のもつ価値に匹敵する、憲法上の他の価値ないし要請に支えられたものであるかを、分離原則の価値と当該宗教的事象を支える憲法上の価値との比較衡量をとおして判断し、それが肯定されたときに、その宗教的事象をひとまず国家とのかかわりが許容されるかどうかを検討しうる対象として分類する。そしてその上で、右事象について、それぞれの事象毎の性格を考慮しつつ、厳格に目的・効果基準をあてはめて、目的、効果および過度のかかわり合いのそれぞれについて相当とされたものだけが、分離原

則に抵触しないものとして許容される、という手法で審査するのが妥当ではないかと考えている。いわば、二段階の審査基準論である。

なお、こうした審査基準の論議は、政教分離原則の法的性質についての理解、すなわちそれを制度的保障であるとするかどうかの論議とかかわりをもつものではある。私は、一般的に、制度的保障の概念を、基本的人権保障を原理とするわが国憲法の解釈に導入することが可能ないし必要であるかについて疑問をもつものであるが、とりわけ、政教分離原則にかんしては、これを主観的人権として把握することはできないにしても、制度的保障と解することは正当でなく、信教の自由と不可分一体のものとして結びついた、憲法自身によってその内容を具体化された「制度」とみるべきであると考えている。この点の詳論は別の機会を待つとして、ここに提示しつつある審査基準論に限るならば、それは、政教分離原則の法的性質にかんする右のいずれの理解とも、一応両立しうるものであるといえる。

## (二) 一般的枠組み

(一) まず、第一段階の、争われている事案が政教分離原則に匹敵する憲法上の他の価値に支えられたものであるか否かという基準については、先に紹介した種谷春洋、佐藤幸治両教授の「内在的制約」の考え方、および小林孝輔教授の「目的合理性」の考え方を参考にしていく。ただ、右両説とも政教分離の審査基準を信教の自由との関係で論じたものであるところ、審査基準論としては、前者は、それゆえに狭きに過ぎ、後者は、それにもかかわらず厳密さに欠けているように思われるため、全面的には賛同しがたい。

すなわち、種谷教授は、政教分離原則は信教の自由を客観的・制度的側面において保障したものと解されるから、「信教の自由そのものによって、その目的上、内在的に制約される<sup>(49)</sup>」とし、したがって、受刑者の申出にもとづく教誨師の委嘱紹介も、「受刑者の信仰の自由は、その拘禁目的上必要最小限度の制約のほかは認められなければならない

(49-b) いから」という理由で合憲とされる、とする。佐藤教授の論理も同一の構造である。こうした説からすれば、たしかに、教師の委嘱紹介などは、政教分離に内在する限界の典型例として捉えられることになる。しかし、宗教系の私学や杜寺の文化財への助成など、信教の自由との関係では説明できない事例については、内在的制約説はカバーできず、実際、私学助成を例にとるなら、種谷教授が、これを「平等原則上の要請にもとづいて許される場合にあたる」とするのに対して、佐藤教授は、「八九条に違反しないかの疑問の余地があり……、少なくとも補助金の具体的支払を、子供を受益者とするような形式において行なう配慮が要請されよう」<sup>(50)</sup>としてその合憲認定に極めて慎重であるように、相違をみせている。

小林教授の場合も、政教分離原則は「信教の自由という目的に對する」「方法・制度」<sup>(51-a)</sup>（傍点は原著者）であるという認識から出発している。その点からすれば、合憲性判定基準としての「目的合理性」は信教の自由保障という目的を達することについての合理性であると論じられてしかるべきかと思われるが、同教授は、右認識にもとづいて、中心問題は係争の政教一致が一般的な目的合理性をもつか目的不合理性をもつかであるという観方をして、この「合理性」を拡散してしまう。そのため、私学助成などのケースの合理性の説明は、通例の論じ方に終っている。<sup>(51-b)</sup>

私も、政教分離原則は信教の自由確保を理念とする制度であって、その点で、主観的人権としての信教の自由と客観的制度としての分離原則とを目的と手段の關係と捉えてもよいと考えるから、同原則は信教の自由確保という目的の達成のために内在的に制約を受け、そのような制約には合理性がある、とする見解には賛同できる。しかし、右の点は分離原則の限界を設定する第一義的な原理ではあるが、同原則を内在的に制約するものはそれにとどまらず、この制約は、憲法上の他の原理ないし価値からも要請されるといわなければならない。すなわち、憲法の政教分離規定は憲法上の他の価値との調整ないし衡量を既に了えた、その意味で「絶対的」に保障されるものとして置かれているものではなく、分離原則のもつ価値と他の人権保障等のもつ価値との調整ないし衡量をとおして内容が定まるものと

解される。分離原則の後退を迫る要請があって、それが憲法上、分離原則に匹敵ないし相当する価値によって支持されたものである場合、分離原則の限界が検討されなければならない。もっとも、わが国における政教分離原則は、これまで縷縷述べたように、わが国独特の政教一致の歴史、つまり、苦汁に満ちたマイナス経験にもとづいて成立した、厳格さの度合の高い原則であり、かつ、精神的自由の一核心をなす宗教の自由と不可分一体のものとして位置づけられ、またそれゆえに、一義的で詳細な規定によって構成されたものであるだけに、その後退を求めうるような、それと匹敵する価値をもった要素は、極めて限定されたものとなるう。

その内容をなすものは、何よりも宗教の自由であるが、それと同列に置かれるべきものとして、その他の精神的諸自由を挙げてよいであろう。そして、それにとどまらず、同様に重視されるべきは、社会国家的諸権利と平等原則である。すなわち、福祉社会の実現を責務とする二〇世紀の現代国家が、広く生存権や、またとくに教育をうける権利の実現のために、そうした責務の遂行と分離原則との間の賢明な調整をはかることは、許容されるだけでなく、要請されてもいることである。<sup>(52)</sup>とすれば、憲法上の社会国家的諸原則、とくに各種の社会権とその文脈における平等原則とは、それらによって支えられた宗教的諸事象を政教分離原則との調整の俎上にのぼせることのできる憲法上の価値に数えてよいであろう。

このような調整・衡量をとおして政教分離原則と匹敵すると認められた憲法上の価値によって支持される宗教性ある現象について、次の段階の審査がなされる。

(二) 第二段階では、この段階にやってきた政・教のかかわりの事案が合理性をもつか否かの審査がなされるが、それについては目的・効果基準が——それを適切に用いるならば——有益であろうと思われる。目的・効果基準を適切に用いることは、とりもなおさず、この理論の趣旨・理念を正しく汲み取ること、および、これをわが国の憲法現象に正しくあてはめること、にはかならない。とすれば、これにかんしては、さしあたり、次の三点が指摘されてよ

いであろう。

第一は、目的・効果基準を、政教分離原則の緩和のための手段として用いるわが国最高裁判にはなく、アメリカ判例理論におけるように相当に厳格な基準として扱うことである。具体的には、少なくとも、目的、効果および過度のかかり合いの三点それぞれを独立したテストとして設定するレーモン判決の考え方に即して、この基準を厳格に適用することが求められる。

第二は、アメリカ判例理論のそもそもの趣旨であるところの、目的・効果基準は主として国の福祉政策にもとづく財政援助の場合に用いる基準であって、それ以外の、とくに国が主体となって宗教的行為を行なう事案には適用し難いとの考え方を生かすことである。もっとも、アメリカにおける判例状況は一九八〇年代に入って変容し、最近では裁判所は、この基準を右のような限定をすることなく広く用いている。しかし、アメリカよりも厳格な政教分離原則を採用しているとみてよいわが国では、右の趣旨が十分に妥当するものと思われる。<sup>(53)</sup>

ただ、この点について厳密に言えば、私の論法では、問題となっている国家の行為が宗教的活動であるか財政的援助であるかを区別することなく第一段階の審査を行ない、それをクリアしたものはすべて、第二段階の目的・効果基準による審査に入る、という構成をとる。それは、日本国憲法解釈の論理的作業の上では、「宗教的活動」(二〇条三項)と財政的援助(二〇条一項の経済的「特権」および八九条)とを、右の論法に載せるについて別異に扱う理由がないからである。すなわち、「宗教的活動」は既に憲法上の他の価値との衡量を了えた、絶対的禁止を内容とする文言であるのに対して、「特権」は他の価値との衡量を待って内容が定まる文言である、とは解釈できないし、また、実際上も、受刑者の申出にもとづいて国が特定の宗教団体に教誨師を委嘱紹介するという事例などは、通例、八九条の財産供用の問題として論じられているが、二〇条三項の「宗教的活動」たる側面をもつことも否定できない、等の事情をも考慮に入れると、「宗教的活動」のカテゴリーだけを最初から目的・効果基準の適用対象に含めないという構成



を採ることは必ずしも適切でないと思われる。もっとも、私の枠組みでは、国が自ら行なう宗教的活動が憲法上の、政教分離原則に抵触するような何らかの価値によって説明できるとはおおよそ考え難いから、実質的には、この範疇の問題は第一段階の審査によって斥けられることになる。

いずれにせよ、ここでは、国の行為が福祉政策的なサポートであるような事案こそ、目的・効果基準の適用に最もなじむものであることを確認しておきたい。

そして第三は、この基準の適用に際しては、係争各事案の個別的事情が考慮されるべきことである。戸波江二教授の指摘を借りるならば、国家自身が宗教的行為を行なうのか私的宗教団体への援助かという右述の項目の他に、援助である場合その内容は精神的援助か財政的援助か、財政的援助である場合その形態は補助金の交付か免税か、などの諸項目がそれである。さらに私は、国家が宗教団体に対して財政的サポートをするとき、それを受ける宗教団体のもつ社会的・経済的力能の強弱を、社会国家の理念に照らして考慮に入れることも必要ではないかと考える。

以上、文字通り粗雑な試論に過ぎないが、なお補足して、この一般的枠組みを、これまでに問題になった政教分離条項関係の諸事例にやや具体的にあらため、本稿の結びとすることにしよう。

### (三) 若干の具体的事例についての検討

(一) 第一段階の審査において、わが国でこれまで訴訟事件となったもののうち、地方公共団体による神道式地鎮祭の举行（津地鎮祭訴訟）、国家機関による護国神社への合祀申請（自衛官合祀訴訟）、靖国神社への閣僚の公式参拝・地方公共団体の玉串料支出（岩手靖国訴訟）、忠魂碑の移設・碑前での慰霊祭举行（箕面市忠魂碑・慰霊祭訴訟）などは、すべて斥けられる。それらの大部分は国家自らの行なう宗教的行為であるが、そうであるか財政的援助であるかを問わず、国家がかかわり合いをもつ右の例のような宗教的事象には、憲法上の要請という要素が毫も認められ

ないからである。こうしたケースについては、審査は、争われている事象が宗教性を有するか否かについてのみなされれば足り、それが積極であるとき、当該政教関係は直ちに違憲となるのである。わが国の場合、このように明白に違憲な国家と宗教の結合が実際にしばしば問題になっており、しかもそのほとんどが、戦前の国家神道の誤りに照らして、本来、最大の反省があつてしかるべき神社神道との結合の事案である。<sup>(35)</sup>ここに、政教分離をめぐるわが国特有の問題状況があり、分離原則の空洞化の危機があるといわなければならない。

これに関連して、天皇の葬儀と即位の際の儀式について付言しておこう。先にも少し触れたが右に際しては、神道の諸々の儀式が行なわれる可能性が強いところ、それが、国家機関としての天皇が行なう、ないし政府・宮内庁が公的に行なうものである場合には、明白に政教分離原則違反となる。憲法七条一〇号にもとづいて天皇のする「儀式」は、他の国家機関の行為と同様、二〇条によつてその性格・内容を限定されたものであり、また、これにかんして政教分離原則の後退を余儀なくさせるような憲法上の他の要請は全く見出し難いからである。こうした儀式についてわが国最高裁流の目的・効果基準に拠つてこれを正当化しようとする論法も繰り出されるかも知れないが、本来、そこには目的・効果基準をあてはめる余地は全くないのである。

なお、いうまでもなく、この段階での審査に入るに先立って、係争の事象の宗教性の有無が判断されるわけであるが、それは、「社会通念」や「一般人の意識」にもとづくのではなく、宗教科学上の宗教概念に依拠した厳密な判断でなければならない。クリスマスの飾りものや門松が十分習俗化したものであり、他方、習俗化したものとしばしば主張される神式地鎮祭や忠魂碑がなおも宗教性を喪失するものでないことは、判例上も確認されているところである。微妙であると思われるのは、地藏像のような事例（大阪地藏像訴訟）である。右訴訟の大阪地裁判決（前出）が判示したとおり、その宗教性は希薄化しているが、習俗となりえたとはなおい難い。こうした中間領域にあるものについても、政教分離原則と匹敵する憲法上の要請の存否判断に入り、それをクリアするものであるならば次の

目的・効果基準による審査をする、その審査の際に、係争事象のもつ宗教性の微妙さを考慮に入れる、という手法が用いられるべきであろう。

(二) 右に掲げた諸事例と異なり、政教分離原則に匹敵する憲法上の要請を一応主張できると解されるものとして、宗教系私立学校への国庫助成、文化財である社寺・仏像等の維持・保存のための補助金支出、宗教法人への免税措置、刑務所における受刑者への教誨活動、等の事象が挙げられる。これらは、すべて、学説の多数が合憲性を肯定してきたものであるが、本稿の枠組みでは、それぞれについて若干の留保が必要とされよう。

① 宗教系私立学校への国庫助成については、政教分離原則との調整がはかられるべきことを要請する憲法上の価値として、教育をうける権利ないし教育の機会均等の保障が指摘される。そのような理解は正当であり、右権利の充足のために私学助成は益々拡充されるべきである。と同時に、まさにそうであるからこそ、この助成は、当該私立学校に学ぶ児童・生徒・学生が直接かつ確実にこれを享受できる形式でなされなければならないといえよう。<sup>(56)</sup>

② つぎに、宗教的文化財への補助金の場合には、文化財一般に対して補助金支出をする際、当該文化財が宗教性を有することを理由としてこれを差別してはならないとの平等原則が、この補助金制度の合理性の根拠として挙げられるのが通例である。しかし、文化財一般について補助金を支出することは、国の文化政策上の事柄であって、憲法上の要請とは解されず、したがって、この文脈における平等原則は、政教分離原則に匹敵する要請であるとはいえない。分離原則との調整を可能にするには、文化財に指定されたことによって生じた使用・収益上の損失に対する補償の必要という、政策レベルではない、より強い憲法上の要請が平等原則の前に存在していなければならないものと考ええる。すなわち、宗教的文化財に対する補助は、それが社会国家的原理に支えられた損失補償の性質をもつ限りで、政教分離原則への違背を回避しようとみるべきではないか。

③ また、宗教法人に対する免税措置の場合も、非営利法人であることを理由として公益法人・社会福祉法人など

とともに宗教法人にも免税の扱いをすることには問題がない、という形で、平等原則を理由とした説明が普通なされている。たしかに、先に掲げられた各法人は、非営利法人という共通点で括られ、その点での平等処遇が必要とはされようが、しかし、そのような意味での平等原則は、政教分離原則の衡量の対手になりうるようなものではない。ここでも、右のような形式論理ではなく、より実質的に、利潤を追求するのでない宗教法人は一般に経済的基盤が弱くそれゆえに国家の社会福祉的配慮を求める必要があるとの、社会国家的原則を根拠とすべきではなからうか。したがって、宗教法人に対して一律に免税の扱いをするのでなく、免税措置を講ずるか否か、免税の程度をいかにすべきかを、各宗教法人の経済的力量・実情に即応させて具体的に定めるといふ制度にすることがより望ましいものと思われる。

④ そして、刑務所における教誨活動については、受刑者の信教の自由保障の必要から生ずる政教分離原則の内在的限界であると説明され、この論旨は、先にも触れたように、説得的である。したがってまた、刑務所における教誨活動は、受刑者の自発的申出にもとづいて私人である教誨師が行なうものに限って、合憲性を主張しうるといえる。

⑤ なお、もっぱら社会国家的理念にもとづく財政援助であって、経済的な基盤の弱い、あるいは困窮した宗教団体、とくに宗教的少数者に向けられたものについては、政教分離原則を後退させる根拠として社会国家的諸権利を持ち出している場合があると考えられる。例として必ずしも適切なものではないが、前出の地蔵像への公有地貸与や、また、神社参道の改良工事への公金支出などの事例を挙げるなら、もしそれが先に示したような内実を具えたサポートである場合には、憲法上の要請を肯定してもよいと思われるのである。

③ 第二段階における審査、すなわち目的・効果基準による審査にかんしては、厳格なかつ個別的事情を顧慮する態度が求められることを先に述べた。若干敷衍しておこう。

① 宗教的私立学校への助成については、この助成と宗教教育との関係をめぐる微妙で重要な問題、すなわち、

「〔私学助成が〕特定の宗教ないし宗派の維持する私立学校における宗教教育の推進に影響を及ぼすものとなりえないかどうか<sup>(58)</sup>」という問題が生ずる。もとより、私学は宗教教育の自由を有し、また、宗教教育を行なっていることを理由に私学助成の対象としないことが許されるものでないことは先に述べたとおりである。しかし同時に、宗教教育の名の下に直截的な布教や宗教宣伝がなされている場合はもちろん、学校設立者である特定宗派の宗教教育の遂行によって宗教的立場を異にする子ども・学生の信教の自由が圧迫されているような場合に、そのような宗教系私学への助成は、もはや政教分離原則と両立しがたいものといわなければならない。各学校の自治を尊重することを前提にして、目的・効果基準にもとづいて私学助成の合憲性を個別的に審査する余地があると考えられよう。

② 宗教的文化財への補助と宗教法人への免税措置にかんしては、前者が補助金の交付であるのに対して後者は公租負担の免除であるという相違に留意しつつ、それぞれの事案がどれだけ社会国家的理念に支えられたものであるかに審査の主な関心が向けられるものと思われる。この点は、すでに第一段階でも取り上げられたものであるが、目的・効果基準の適用の際にも、重要な考慮要素とされよう。

③ 刑務所における教誨の場合は、教誨は、これを自発的に望む受刑者の信教の自由確保に資する積極的な機能をもつが、他面、刑務所という、実質上、受刑者が公権力に包括的に服従せざるをえない場においては、刑務所側が選択・決定した教誨師による教誨が、それを受けることを望まない受刑者にも強制される等の問題が生じ易い。それにかんがみて、教誨活動についても、目的・効果基準によってその合憲性を厳格に審査することが必要とされる。

本稿は、わが国憲法の政教分離原則のもつ高度な厳格性を実現・確保するためには、厳格分離の思考に立ちつつ、同原則にかかわる問題についての明確かつ精緻な違憲審査基準が設定されなければならないとの課題意識をもって、準則化のためのひとつの試みをしたものであった。しかし、やはり初歩的かつ難駁なものにとどまっている。その点

の改善は、このテーマに密接に関連するところの、政教分離規定の法的性格の問題、政教分離違反の国家行為に対する訴求方法の問題等についての検討とともに、今後の課題としたい。

なお、筆者は、これまでの論稿<sup>(39)</sup>において、目的・効果基準をわが国憲法の政教分離規定関係事件の審査基準として用いることに否定的な態度をとっていたが、厳格分離思考を維持しつつ、むしろ厳格分離を実現するためにこそ目的・効果基準を適切に使用すべきであると考え、本稿のような形に直した。小さな改説である。

# 註

(47) 滝澤信彦「靖国神社公式参拝と政教分離の原則」北九州大学法政論集一五卷四号（一九八八年）八七頁。／は改行。この要約的叙述は、同『国家と宗教の分離』（一九八五年、早稻田大学出版部）にもとづいている。

(48) たとえば、参照、笹川紀勝・前掲論文（註7）五八頁以下。

(49) 種谷春洋・前掲論文（註33）a・b・cとも三七〇頁。

(50) 佐藤幸治・前掲書（註35）三四五頁。

(51) 小林孝輔・前掲論文（註36）a——三一頁・傍点は原著者、b——三一〜三二頁参照。

(52) この点を強調するものに、高柳信一「大浜啓吉・前掲論文（註11）」がある。「社会保障・社会福祉の実現が国の責務となりつつある……現代において、国が、自らこれらの機能を直接的に行う資力をもたず、これらの機能を行う私的組織体に、その限りにおいて部分的財政補助を行うという方式によって、その憲法上の責務を果たそうとする場合には、その組織体が宗教的色彩をもっているというだけの理由により、これに一般には与えらるべき財政補助を差し控えることは、かえって憲法に違背することになることがある」（八五頁）という。

(53) 参照、横田耕一「地鎮祭と政教分離の原則」樋口陽一編『憲法の基本判例』（一九八五年、有斐閣）六六頁、戸波江二「政教分離原則の法的性格」戸部信喜還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（一九八五年、有斐閣）五五六頁。なお参照、浦部法穂・前掲註44―bで引用の文章。

(54) 戸波・前掲論文（註53）五五六〜五五七頁。

- (55) この点、百地・前掲論文(註18)は、「現行憲法は神道指令と異なり、国家とすべての宗教団体との『分離』を要求したものであって、特に神社神道との分離のみを厳しく要求しているわけではない。しかも、現行憲法が施行されてすでに四十年が経過しており、いつまでも神社神道に対してのみ厳格な『分離』を要求するのは、いささかバランスを失するものと思われる」(九九頁)と述べる。たしかに、神社神道に対して「のみ」厳格な分離を要求するような解釈は成り立たない。しかし、「厳格分離説は、憲法の政教分離を国家と宗教団体一般との分離ではなく神社神道との分離と解しているふしがある」(一〇七頁)とみるのは正しくないであろう。重要なのは、わが国における政教一致は、戦前・戦後をとおして殆どもっぱら神社神道について生じている、という事実である。その点を正視するなら、国家と神社神道との間で政教分離原則違反の事象がみられたとき、これに格別の注意を払うことは、日本国憲法の解釈態度として当然事であると思われる。
- (56) この点につき、参照、佐藤幸治・前掲引用文(註50)。宗教系私立学校への国庫助成の合憲性については、疑問ないし留保を付する見解が少なくない。初期の、『註解日本国憲法』(前掲註28の引用文)や宮澤俊義・芦部信喜『全訂日本国憲法』(前掲註29の引用文)の他に、たとえば、中村睦男・前掲書(註45)一〇一頁、横田耕一・前掲論文(註53)六五頁など。
- (57) 浦和地判昭六〇・三・二五判時一一五五号二五六頁。これは、地方自治法二八四条にもとづく一部事務組合が公金をもって、神社の参道としての性格のみを有する道路を改良したことに對し、それは宗教法人たる神社に對し便益を供与することになるから、その支出は憲法八九条・地方自治法一三八条の二に違反する、とした判決である。この判決への評釈として、さしあたり、小林武「神社参道の改良工事への公金支出の憲法八九条適合性」南山法学九巻四号(一九八六年)一七九頁以下への参照を請う。
- (58) 滝澤信彦「政教分離原則に関する一考察」(山北九州大学法政論集六巻一号(一九七八年)三七頁)。
- (59) 小林武「下級裁判決における憲法判断の『政治的積極主義』——岩手靖国神社公式参拝決議・玉串料支出違憲訴訟盛岡地裁判決」南山法学一一巻三号(一九八八年)一八二頁以下。

追記 本文四頁および二六頁で記した懸念は、遺憾ながら、一九八九年初頭に至って現実のものとなった。すなわち、「剣璽等承継の儀」(一月七日)、「大喪の礼」(二月二四日)などが国事行為とされたが、これらが憲法の政教分離原則違反とならない根拠はおよそない。

(一九八八年二月三十一日 脱稿)

(一九八九年二月一三日 記)